

*FALÜ DE
JINGJI JIESHI*

法律

· 的经济解释

陈宗波 阳 芳 蒋团标 / 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社



FALÜ DE JINGJI JIESHI

法律

的经济解释

陈宗波 阳 芳 蒋团标 / 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的经济解释 / 陈宗波, 阳芳, 蒋团标著. — 桂林:
广西师范大学出版社, 2004. 11

ISBN 7-5633-5043-8

I. 法… II. ①陈… ②阳… ③蒋… III. 法学—
关系—经济学—研究 IV. D90-59

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 088709 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市育才路 15 号 邮政编码: 541004)

(网址: <http://www.bbtpress.com>)

出版人: 肖启明

全国新华书店经销

广西师范大学印刷厂印刷

(广西桂林市临桂县金山路 168 号 邮政编码: 541100)

开本: 890 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 12.875

字数: 370 千字

2004 年 11 月第 1 版

2004 年 11 月第 1 次印刷

定价: 25.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

自序

● 有限理性与理性选择

——一种探索的感想

从亚当·斯密开始，“理性”就是与经济学相随的概念，但在经济学的不同发展时期，却有“完全理性”与“有限理性”的区别。继亚当·斯密在《国富论》中提出“经济人”之后，理性经济人这个概念在新古典经济学那里得到进一步强化，进而发展为完全理性的经济人：在理想情况下，经济行为者具有完备的、单一的或内在一致的偏好，完备的信息和无懈可击的计算能力，在经过深思熟虑之后，他会选择那些能更好地满足自己偏好的行为。

完全理性的经济人假设在制度经济学派那里受到了批判，批判是从凡勃伦甚至更早就开始了，到西蒙那里发展到高峰。西蒙提出“有限理性”的概念大大修正了完全理性经济人假设：客观环境是复杂的和不确定的，信息是不完全的或者说获得信息是需要成本的；人的认知能力是有限的，人们不可能洞察一切，不可能找出全部备选方案，也不可能把所有参数都综合到一个单一的效用函数中，更不可能精确计算出所有备选方案的实施后果。

理性人原理可以解释人的所有行为。

如果借用有限理性观点来评判我们对法律经济学问题的探索的话,我们认为自己最多处在一种有限理性状态:我们是一批年轻的学人——尽管我们中一些人年纪已不小。法律经济学问题是复杂的,而我们对法律经济学的理解、掌握和资料占有都是十分有限的,对法律经济学的前沿动态了解不多也不深,对法律经济学发展态势把握不很准确,我们也无从评估自己学习法律经济学时对知识的占有量……

但这些因素并不影响我们对法律经济学问题的学习和总结,我们仍然热衷于这门学科的求教和探讨。从这个角度来说,我们的选择是理性的。这不仅符合经济学上的理性人选择理论,也与管理哲学上人本主义的理性选择吻合。人本主义理论十分注意人的个性,重视理性和感性的统一。我们对法律经济学问题的探讨和选择何尝不是如此呢?这种理性或许可以从以下几个方面得到体现:

一是认识的理性。法律经济学作为一门独立的学科登上历史舞台,是20世纪60年代的事,从这个层面上来说,她确实非常年轻。而令人感动的是她自诞生之日起其成长道路就是不平坦的,但她仍然坚持下来了。她所引起的赞叹、争议甚至攻击,曾被人们以“运动”来形容,即“法律经济学运动”。法律经济学十多年前作为舶来品来到中国,初时人们还由于好奇对她给予过关注,从而还有些热度,随着时间的推移,人们对她的研究虽然未曾停止,却从来也没有掀起高潮,也没有运用经济学原理分析中国法律制度的较重要的作品出现,甚至人们对于法律经济学的学科价值也存在怀疑。但我们仍然认为,该学科的活力和生命力都是不可估量的。正如有学者指出的那样,法律经济分析或称法律经济学,作为一门以经济学为理论依据和分析工具来解析法学理论和法律议题的学问,不但是一种理解规范运作的实然和应然的观点,更可以作为实践上所依循的准则之一。经济的分析方法在中国法学领域的运用,将是一个非常有前景的研究方向。

我们非常敬佩那些在法律经济学这块处女地上辛勤耕耘的有识之士,哪怕是在辛苦劳作而少有跟进的情况下,他们依然不改初衷,因为在他们看来,经历了太多高昂成本付出的中国法制再也经不起任何方式的法律资源的浪费了,这其中包括法学理论的构建、法律制度的安排、司法活动的实践……

二是思考的理性。本书尝试就法律的基本问题进行经济分析,实际上就是利用经济的理论和方法来探讨法律基本问题。从法律的产生到法律的实施,这个过程是漫长和复杂的,本书将其分解和细化成了法律起源、法律需求、法律供给、法律市场、法律生产、法律执行、法律制裁、法律遵守、法律监督、法律文化传播等环节,利用经济学中成本和效益等理论对各个环节进行全程和深入地分析。尽管这种分解、细化的分析可能是不全面的,甚至不一定是很准确的,但我们认为它可能是潮流性的。因为我们坚信,在解释性的法理学研究方法潜力日趋减少的情况下,在法律制度、法律条文日趋丰满而法律空白日趋减少的情况下,社会将会把对法律问题的研究焦点集中于法律生产、运作的实际效果上。也就是说,人们对法律的关注将集中于以下几个方面:什么法律是好的?在什么条件下生产出来的法律才能好?好的法律怎样实施才能最好?这又注定了对法律问题的研究不能不实务化,不能不具体化,不能不效果化。在中国社会经济生活日趋追求效率的大背景下,法律作为一种社会资源,对其进行效益分析将成为法学研究的亮点。

三是学习的理性。应该说,本书的撰写,首先是在众多老师已有相关研究成果的基础上进行的,在研究过程中,又吸取了学术界不少的观点和材料,当这种借鉴用感恩的心境还不足以表达时,我们更领悟到学习借鉴的更深一层意义:在知识爆炸时代,研究不仅仅要忠实于感性认识必须与理性认识相结合的哲学训导,而且要注重对知识进行积累与汇总。这不仅是学人的学习方式与学习责任,也是理论

创新的前提。

尽管有“完全理性”与“有限理性”的区别,理性人原理却不改初衷地成为现代经济学的理论前提,这仍然是主流经济学的一切理论推导和政策选择的基础和分析起点。所以,不管是“完全理性”还是“有限理性”,其内核都是“理性”,只不过“完全理性”和“有限理性”之间存在着环境的复杂性和不确定性,以及人的认知能力不同罢了。问题的实质不在于是否拥有单一的效用函数,能否正确地认识客观世界,也就是说不在于人们主观所认识到的约束条件和所拥有的信息结构是否符合客观情况,而在于人们能否根据自身认识到的约束条件和拥有的信息结构寻求约束条件下的最大化。这才是经济分析最根本的行为假设和正确的逻辑起点。

如此理解,我们不禁也慰藉自己:探索,哪怕是肤浅的,只要是认真的,就是理性的。

主要内容

在综合考察制度经济学、微观经济学等经济学学科分支的重要理论和方法的基础上,本书积极吸收已有研究成果,结合中国法的创制和实施的实际,运用公共选择理论、实证经济学、经验主义和规范主义等经济学方法考察、研究法律制度的形成、结构、运程、成本、效益、效率等问题。尝试按经济学的分析方法把这些问题合乎情理地分解成诸如法律的起源和发展、法律需求、法律生产、法律供给、法律市场、法律成本、法律效益、执法、司法、守法、法律监督、法律文化传播等理论版块加以分析,使经济分析方法全方位地深入法律基本问题几乎所有的重要领域,拓展了既有的相同研究主题的研究维度,为法学研究者和实务工作者提供一个新的视角。

导论从宏观层面对法律经济学的基本理论问题作了新的阐述。文章对从制度经济学到法律经济学这一发展进程作了大跨度的系统的回顾、透视和展望,对法律经济学的学科地位作了辨析,阐述了法律经济学与相关学科的关系、法

律经济学的研究对象、法律经济分析的理论基础、法律的经济分析方法和法律的经济分析意义,使经济分析法学有了坚实的理论基础。

第一章尝试在同类研究中第一次全景式地对法律这种特殊的社会资源进行系统的论述。文章认为制度经济学将法律制度当作完整的经济效益的影响因素加以分析是经济学发展的最高境界。在揭示法律制度稀缺性假设的经济理由之后,本章对法律资源的含义及特征,法律资源的类型(构成)及其经济、法律价值,法律资源配置的机理、原则、方式以及法律资源保护与利用问题作了较为详尽的论述。

第二章对法律起源和发展进行经济解析。本章对法律的起源问题提出了新的见解,认为习惯是适应原始社会效率要求的法律,国家是社会力量“非合作博弈”的结果,而国家产生后是社会力量“合作博弈”的需要。所以国家不是法律产生的前提条件,而是法律发展的推进器,国家也是调和阶级矛盾的组织,而调和阶级矛盾的主要工具正是法律。国家制定法不仅仅涉及人类的认识水平和立法水平问题,更为重要的是有其经济根源,文章还分析了法律职能的经济意义。

第三章探讨法律需求问题,文章利用数学函数直观地分析了法律需求的特点,探讨了影响法律需求的因素、法律需求弹性和法律供求的均衡问题。

第四章探讨法律供给问题,文章认为法律供给与一般物资供给不同,而是有独特性的供给模式,接着分析影响法律供给的因素。文章还描述了法律供给弹性和法律供给模式及一般规律。

第五章把法律的供求载体描述成一个市场,在与传统市场进行对比分析的基础上,分析了法律市场的形成、法律市场的特征、法律市场的主体和法律市场的结构。在分析研究当前法律市场的混沌表征后,文章进一步指出,不宜过于强调法律市场的层级性、多样性和竞争性,国内统一法律

市场的形成才是实现法律资源效用最大化的保证,并从经济学中提供了建构国内统一法律市场的理论支撑,还试就建立国内统一的法律市场提出了现实方案。

第六章阐述法律生产问题。文章首先分析了法律生产的基本规律和法律生产者动机。然后通过法律生产的边际成本分析和法律生产函数的分析,描述了生产要素的最佳组合,具有一定的现实操作性。

第七章认为法律供求之所以存在非均衡性,其根源主要存在于法制的低效益,即法制的高成本和法制的低效益。这其中高成本扮演着至关重要的角色。因此,就法律成本进行系统的经济分析,是提高法律运行效率的关键所在。文章侧重从法律成本的构成、法律成本函数和法律成本最小化原则等方面来阐述。

第八章认为界定法律效益的概念是分析法律效益的前提,本章遵循了经济分析法律的思想和方法,把法律的经济效益概念界定于经济学范畴。同时具体阐述了法律效益的形成和度量,影响法律效益实现的因素和提高法律效益的途径,使立法、司法、执法和守法过程中的法律效益问题有较强的可操作性。

第九章结合我国实际,从行政执法和司法两个视角对执法问题进行了经济分析,认为整个法律实施的过程是一个大量消耗资源的过程,需要国家和社会支付法律实施的成本,法律实施成本的投入沿着法律配置效益所指示的路线和方向前进才具有效益意义。法律实施和效益实现的根本途径就是通过权力配置的有效性达到资源的有效配置,从而达到利益上的均衡。

第十章认为相对于一个理性的人来说,在法律的守法和违法的实施过程中,涉及个人行为的成本问题。因此,法律制裁从经济学角度上看就是行为人理性选择的结果,换句话说,法律制裁就是其行为人追求自己行为利益最大化的经济损失或者其他损失。本章全面系统地对合法行为、

违法行为、各种违法制裁以及违法犯罪的预防进行了经济分析。

第十一章认为社会主体实施守法行为,具有深刻的经济根源,因为守法是社会认知并实践法律的一种现实性活动,也是主体(社会)与客体(现存法律)、主观(个体内在欲求)与客观(外在法律要求)的对立统一。文章借助数理工具,对守法的经济原因、守法的成本进行了理性和定量分析。同时还就提高守法效益的途径提出了自己的看法。

第十二章从目前学界仍有争议的法律监督的概念的界定入手,结合我国目前法律监督存在的主要问题,特别是针对我国现行的公、检、法关系已经在司法实践中引发了严重的机制冲突,造成了诉讼关系不顺、诉讼效率低的现实状况入手,从法律监督的投入,法律监督的经济意义,扫除法律监督实现的障碍等几方面对法律监督问题进行了较为全面的经济分析。

第十三章指出法律文化传播是实现法治的必备方式。在对法律文化传播的基本问题进行阐述之后,文章着重就法律文化传播的动因和条件、组织传播、法律文化大众传播进行了经济分析,特别是本章结合我国四个“五年普法教育”活动进行剖析,使法律文化传播的经济解析更突现其真实性和可操作性。

目 录

1 · 导 论	
44 · 第一章	法律资源概观
84 · 第二章	法律起源和发展的经济解析
101 · 第三章	法律需求
131 · 第四章	法律供给
156 · 第五章	法律市场
181 · 第六章	法律生产
199 · 第七章	法律成本
230 · 第八章	法律效益
274 · 第九章	法律实施的经济分析
301 · 第十章	法律制裁的经济分析
323 · 第十一章	守法的经济分析
347 · 第十二章	法律监督的经济分析
375 · 第十三章	法律文化传播的经济分析
396 · 后记	

导论

引子:从制度经济学到法律经济学——回顾、透视、展望

早在 19 世纪末,美国一位名叫霍布斯的大法官就预言道:“法律研究的未来属于经济学家和统计学家,而非属于研究‘白纸黑字的’律师们。”^[1]他的预言已经在当代得到了有力的回应。随着 20 世纪末各社会科学之间交叉与融合趋势的不断加强和社会科学大综合时代的来临,对法律进行经济学分析已不再是无人问津的学术领域,法律经济学作为一门新兴的交叉学科已经迅速发展起来了。

而要运用经济的理论对法律基本问题进行分析,至少要对法律经济学这门学问的发展脉络进行一般性认识。如果脱离这一学问的发展进程,孤立地、片面地套用这一新兴的学科方法,任何研究都肯定不能体现这一学问本身的理论内核。正是基于这样的认识,导论部分将从制度经济学到法律经济学这一发展进程作了大跨度的系统的回顾、透视和展望,揭示法律经济学产生及其嬗变的历史必然性。同时,对法律经济学与相关学科的关系、法律经济学的研究对象、法律经济分析的理论基础、法律经济分析的方法和法律的经济分析的意义作尽可能全面的阐述。这些都是本书对法律基本问题进行经济分析的理论前提。

此外,在我们看来,理论研究不仅仅是为了规范与指导实践。所有的理论研究,要么是创新,要么是从多视角来与已有的研究成果一道,共同推动某种应然理念的实然化,让更多的人认识、接受这一研究成果,这应该是理论研究的最高目标。就法学和经济学来说,目前

在经济学界和法学界,应该很少有人认为它们是毫不相干的两门学科了。理由有以下几点:

首先,就在人们的身边,许多经济问题就是法律问题。如经济发展了,社会关系复杂了,要求不断有新的规范来调整新的社会关系;民营企业发展了,私人财富增多了,就急需法律在财产制度方面有个明确的说法。

其次,在国外,尤其是在美国,法学与经济学的对话与联姻已有数十年历史了,而最引人注目的是这种联姻取得了实务上的效果。所以不少学者对法经济分析大为赞叹。“以美国最近几十年的法学研究和法学教育走向来看,如果要说法律经济学或法律经济分析已经成为势不可挡的醒目主流,或许一点也不为过。而我之所以用‘势不可挡’这四个字来形容这个几十年前发轫于芝加哥大学的学派,并不是我对法律经济学有特殊的偏好使然,主要原因在于衡诸事实,法律经济分析这个学派在美国法学界的渗透力极强,几乎深入每个个别的法学研究领域。”^[2]

基于以上两种情况,人们对法学与经济学的互动发展有了感性的信任。问题是,人们虽然对上述“经济问题就是法律问题”这一判断还能接受,但如果从相反的角度来提出另一个命题,即“法律问题就是经济问题”,人们就不一定能理解。“因为对于许多传统法律人而言,经济学除了充斥着令人眼花缭乱的数字、图形和图表之外,无非就是以研究通货膨胀、失业率、景气循环和其他总体经济现象为目的的学问,和法律体系的理论和运作均相去甚远,而不少经济学家经常挂在嘴边的‘均衡’,往往抽象难解,而对于法律人来说,所谓的‘市场机能’和‘政府失灵’更是难免刺耳。”^[3]正因为如此,使得我们更有必要理性地对法律的经济分析路线作一种客观的疏通,揭示法学与经济学之间客观存在的内在逻辑联系,使经济学与法学业已客观存在的这种内在逻辑成为经济学家和法学家们生产理论的自觉的主观逻辑,特别是要推动法学家们如经济学家那样思考问题。法学家们应该认识到,在法学领域里,经济学讨论的理性选择无疑就是法律体系必须关心的制度安排,而经济学追求的效率高低便是法律体系的

运作目标。这可能是本书的导言更为重要的目的。

一、学科？方法？抑或理论流派？——法律经济学的基本概念辨析

本书尝试就法律的基本问题进行经济分析，实际上就是利用经济的理论和方法来探讨法律的基本问题。但它却不能不涉及一个非常重要，而依然存在争议的学科名称，那就是“法律经济学”。迄今为止，学界对法律经济学的学科地位还没有取得一致意见。有的认为它仅仅是法理学上的一种研究方法的演进。“随着社会科学领域科学主义的兴起，各个学科都寻求自己的科学性，法学也加入到了这个行列中。经济分析方法的引入增加了法学的科学性。在最初的时候，这种引入一般只在经济法等领域。经济学上的国家干预主义也使这种研究显得更具有意义。”在这个阶段，法律的经济分析具有一种方法论革新意义。这种观点认为，传统法理学的研究方法的确比较单一，它只注重对法律概念的完整解释或对法律现象的哲学分析。它或许能够回答法律实际上是什么东西，或应该是什么东西等问题。但它并不能解决法律如何达到立法者所设计的理想状态的问题。而法律经济分析方法的出现，使法理学的研究方法豁然开朗，甚至可以说是革命性的。因为法律的经济分析方法所取得的以下两个方面的成就是传统法理学研究方法无论如何都无法达到的：一是“效率”正义的引入使法律价值的内涵发生了深刻的变化；二是“最大化”方法的引入使人们对法律现象的评判有了一个量化的标准，法律成本最小化和法律效益最大化成为法律生产和法律消费追求的最重要目标。尽管法律的经济分析方法的成就是令人振奋的，但这种观点仍然认为，法律的经济分析的影响和作用在于一种新的法理学研究方法在法理学中的导入，这是一种方法论上的创新，是一种分析工具意义上的法理学。所以，法律的经济分析最多算是法理学上的一个流派，还不能成为一门独立的学科。“经济学分析法”，英语有多种表达，如‘法律—经济学’(Law Economics)、‘法的经济分析’(Econom-

ic Analysis of Law)、法经济学(The Economics of the law)等,是战后美国兴起的一个重要法学流派。”^[4]我们认为,虽然从内容上来看,法律经济学并没有显示其独立性,即它与法学理论一样都是研究法律问题。但从方法上看,它是明显区别于法理学的,尽管这种方法来自经济学甚至是数学,但它是独特的。因此我们认为,从法律经济学发展的迅猛态势及其在社会生活中的重要作用来看,理应把它作为一门独立的边缘学科来建设,或者说,它实际上就是一门独立学科。

(一) 法律经济学的概念

按照著名的经济分析法律学者波斯纳的观点,法律经济学(Law and Econoncs、Economics of Law、Lexeconics)亦称法律的经济分析(Economic Analysis of Law)、经济分析法学、法与经济学,是指运用经济学的理论和方法来研究法律的学科。具体来说,法律经济学主要是运用微观经济学,以及福利经济学、公共选择理论(Theory of Public Choice)、实证主义、经验主义和规范主义方法来考察、研究法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及发展趋势的学科。^[5]

对这一概念的准确理解,有助于人们对法律经济学的学科进行定位。这一概念包含了两层互相依存的含义:一层含义是从研究内容上揭示了法律经济学是研究法律这个特定的学科,它研究的对象是法律问题而不是其他问题,它不是研究经济问题。按照西方经济学的观点,从学科任务来说,经济问题由经济学来解决。经济学研究的应该是资源、生产、产品、分配、交换及其相关因素的组合和运作问题,比如,社会中的个人、厂商、政府和其他组织是如何进行选择的,这些选择又怎样决定社会稀缺资源如何被利用等。而按照马克思主义的观点,经济学本质上研究的是人与人的关系的科学。“经济学研究的不是物,而是人和人之间的关系。”^[6]法学是系统研究法或法律现象及其发展规律的一门学科,法律经济学研究的内容与法学研究内容是一致的,它从经济的角度研究法的产生、法律的创制、法律的

实施和法律的传播等内容。

另一层含义是从研究方法上揭示法律经济学的学科性质,它表明它是用经济的理论和方法而不是其他方法研究法律问题,比如社会学或伦理学的方法。虽然法学中存在着法与道德的关系问题,经济学中存在着经济主体道德风险行为问题,但伦理学与法律经济学的非常密切关系丝毫不影响经济学方法在法律经济学中的方法论地位,而且法律经济学还尽可能地排除道德伦理因素在经济分析法律时的影响,坚定不移地维护效益、效率在法律选择中的经济标准。比如,不能因为公平的原因而不强调法律运行的效率。法律经济学集大成者波斯纳一直强调的是经济学理论和方法在法律的 analysis 中的绝对地位。“他的核心思想是以效率诠释正义,以法律引导效率,将古典经济学为基础的价格理论等简明的经济原理运用于法学理论以及具体的法律部门、法律制度的研究……”^[7]

（二）法律经济学的研究对象

一般认为,法律经济学作为一门完整的学科的诞生,是以最著名的法律经济学家波斯纳先生出版的《法律的经济分析》为标志的。学者们概括,波斯纳的经济分析的对象可以分为两类:一是调整明显的市场行为的法律,它包括对反托拉斯法、税法、公司法、公用事业和公共运输业法、国际贸易法等法律的分析。另一类则是对所谓“调整非市场行为的法律”的分析。在一般的“法和经济学”或“法律的经济分析”著作中,大致包括以下内容:财产法、合同法、侵权法、犯罪和刑法、诉讼程序法和宪法等。

波斯纳似乎并没有从理论层面上概括法律经济学的研究对象,而是直接从上述(美国的)宪法、行政法、财产法、合同法、婚姻家庭法、侵权法、刑法、反垄断法、公司法、税法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法等部门法进行经济的解读。我们认为,作为一门学科,应有自己相对独立的研究对象和研究方法。从方法论意义上说,法律经济学是以经济学为研究方法的,其研究方法当然不会与经济学